

Sygn. akt: KIO 2709/23

WYROK

z dnia 27 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 września 2023 r. przez wykonawcę **Asseco Poland Spółka akcyjna w Rzeszowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Bank Gospodarstwa Krajowego w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **KPMG Advisory Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania odtajnienia i udostępnienia w całości złożonych przez KPMG Advisory Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową dokumentów :

- Formularza Cenowego;

- Wykazu osób - tabela w „KRYTERIUM III – Ocena zespołu” w Ofercie KPMG, w zakresie:

a) Posiadane kompetencje,

b) Ilość zrealizowanych projektów w ostatnich 7 latach zgodnie z opisem kryterium III w specyfikacji warunków zamówienia (SWZ),

c) Nazwy zrealizowanych projektów i ich przedmioty zgodnie z opisem kryterium III w SWZ z wyłączeniem projektów realizowanych dla instytucji komercyjnych,

2. w pozostałym zakresie uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Bankowi Gospodarstwa Krajowego w Warszawie** – ujawnienie w ofercie wykonawcy **KPMG Advisory Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Warszawie** formularza oferty technicznej, stanowiącego załączniki nr 5A i 5B PPU – Załącznik nr 1 do oferty wykonawcy **KPMG Advisory Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Warszawie**;

3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego – **Bank Gospodarstwa Krajowego w Warszawie** – i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Asseco Poland Spółka akcyjna w Rzeszowie** tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od zamawiającego – **Banku Gospodarstwa Krajowego w Warszawie** – na rzecz odwołującego – **Asseco Poland Spółka akcyjna w Rzeszowie** – kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2709/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Bank Gospodarstwa Krajowego w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa, wdrożenie i utrzymanie systemu do zarządzania adekwatnością kapitałową.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2023 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 roku, poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 13 września 2023 roku wykonawca Asseco Poland Spółka akcyjna w Rzeszowie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec:

1. zaniechania odtajnienia i udostępnienia w całości złożonych przez KPMG Advisory Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. (dalej „KPMG” lub „przystępujący”) następujących dokumentów :

1.1. Formularza Cenowego;

1.2. Wykazu osób - tabela w „KRYTERIUM III – Ocena zespołu” w Ofercie KPMG, w zakresie:

a) Posiadane kompetencje,

b) Ilość zrealizowanych projektów w ostatnich 7 latach zgodnie z opisem kryterium III w SWZ,

c) Nazwy zrealizowanych projektów i ich przedmioty zgodnie z opisem kryterium III w SWZ z wyłączeniem projektów realizowanych dla instytucji komercyjnych.

1.3. Formularza oferty technicznej (FOT) (wypełniony przez KPMG OPZ/FOT, który stanowi załączniki nr 5A i 5B do PPU) – Załącznik nr 1 do oferty KPMG.II.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

Zarzut 1. – Zarzut naruszenia przepisu art. 18 ust. 1 – 3 ustawy P.z.p. w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w związku z art. 16 ustawy PZP poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych KPMG jako tajemnica przedsiębiorstwa następujących dokumentów:

- Formularza Cenowego;

- Wykazu osób - tabela w „KRYTERIUM III – Ocena zespołu” w Ofercie KPMG, w zakresie:

a) Posiadane kompetencje,

b) Ilość zrealizowanych projektów w ostatnich 7 latach zgodnie z opisem kryterium III w SWZ,

c) Nazwy zrealizowanych projektów i ich przedmioty zgodnie z opisem kryterium III w SWZ z wyłączeniem projektów realizowanych dla instytucji komercyjnych.

- Formularza oferty technicznej (FOT) (wypełniony przez KPMG OPZ/FOT, który stanowi załączniki nr 5A i 5B do PPU) - Załącznik nr 1 do Oferty KPMG;

ponimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie zostały skutecznie zastrzeżone i/lub nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu odtajnienie i udostępnienie w całości złożonych przez KPMG dokumentów, wskazanych w odwołaniu.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 22 września 2023 roku zamawiający wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego,

2. obciążenie odwołującego kosztami postępowania i nakazanie odwołującemu zwrot poniesionych kosztów postępowania na rzecz zamawiającego, zgodnie z normami prawem przepisanyymi.

Jednocześnie zamawiający poinformował, że udostępnił odwołującemu, w dniu 22 września 2023 r., następujące dokumenty z zarzutu I:

1. Formularz Cenowy;

2. Wykaz osób - tabela w „KRYTERIUM III – Ocena zespołu” w Ofercie KPMG, w zakresie:

a) Posiadane kompetencje,

b) Ilość zrealizowanych projektów w ostatnich 7 latach zgodnie z opisem kryterium III w SWZ.

Wobec powyższego zarzuty odwołującego w tym zakresie są bezprzedmiotowe.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca KPMG Advisory Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Warszawie.

Odwołujący na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej wniósł o umorzenie postępowania w zakresie zarzutu dotyczącego dokumentów, które zostały ujawnione przez zamawiającego i podtrzymał odwołanie w pozostałym zakresie.

Zamawiający na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej wniósł o umorzenie postępowania w zakresie zarzutu dotyczącego dokumentów, które zostały przez niego ujawnione oraz o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

Przystępujący poparł stanowisko i wnioski zamawiającego.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający – Bank Gospodarstwa Krajowego w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa, wdrożenie i utrzymanie systemu do zarządzania adekwatnością kapitałową.

Przystępujący złożył ofertę w postępowaniu. W ofercie zastrzegł informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa:

1) Informacje zawarte na str. 3-7 Oferty KPMG, tj.:

a) Formularz cenowy, za wyjątkiem kwoty wskazanej w 4. wierszu tabeli „Maksymalna wartość Usług Rozwojowych” oraz 5. Wierszu tabeli „Cena za 1 Roboczogodzinę realizacji Usług Rozwojowych w ramach opcji”;

b) Dane odnoszące się do kryteriów oceny ofert innych niż cena – tabela w ramach Kryterium III – Ocena zespołu;

2) Załącznik nr 1 do Oferty KPMG - Formularz oferty technicznej (FOT) (wypełniony przez Wykonawcę OPZ/FOT który stanowią załączniki nr 5A i 5B do PPU);

3) Przedmiotowy środek dowodowy (dokumentacja systemu RWA Calculator), o którym mowa w Rozdziale VII SWZ;

4) Oświadczenie o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, wraz z uzasadnieniem.

W uzasadnieniu zastrzeżenia przystępujący wskazał, co następuje:

Stosownie do art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) – dalej „ustawa Pzp”, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji zastrzegł, że nie mogą one być udostępnione oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z definicją tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 ust. 4 uznk, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Z przywołanej definicji wynika zatem, że w celu uznania danych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, muszą one wypełnić następujące przesłanki:

- 1) Informacja musi mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub posiadać wartość gospodarczą;
- 2) Informacja nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób;
- 3) Przedsiębiorca podjął w stosunku do informacji niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności.

Mając na uwadze powyższe KPMG podnosi, iż wobec wskazanych powyżej informacji spełnione są przesłanki warunkujące zastrzeżenie informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa KPMG. W kontekście powyższych przesłanek, niniejszym wyjaśniamy, że:

1) Informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa obejmują know-how KPMG, a także informacje o charakterze techniczno-organizacyjnym, w tym szczegółową dokumentację oraz specyfikację funkcjonalności oferowanego rozwiązania (dokumentacja systemu RWA Calculator, formularz oferty technicznej), a także szczegółowe informacje na temat zespołu projektowego i jego doświadczenia, które to informacje posiadają wartość gospodarczą, zarówno w wymiarze majątkowym, jak i niemajątkowym (choćby ze względu na użyteczność gospodarczą zastrzeżonych informacji dla podmiotów konkurencyjnych polegającą w szczególności na dostępie do szczegółowych informacji o charakterze techniczno-organizacyjnym oferowanego rozwiązania, szczegółowych danych o zrealizowanych przez KPMG projektach wdrożeniowych czy danych o kompetencjach zespołu projektowego KPMG, i możliwości wykorzystania ich dla ich własnych celów). Ponadto, zastrzeżone przez KPMG informacje opisują również precyzyjnie metodykę przygotowania i obliczenia dokładnej ceny zawartej w ofercie. Zwracamy uwagę, że szczegółowa struktura kosztów jest naszym know-how i przewagą konkurencyjną, a ponadto zawiera w sobie informacje na temat czasu poświęcanego na realizację poszczególnych elementów prac związanych z Zamówieniem. Informacje te de facto opisują sposób realizacji tego rodzaju projektów, które wynikają wprost z unikalnego doświadczenia i kompetencji KPMG. Oferta i jej poszczególne elementy zostały, co do zasady, przygotowane na potrzeby niniejszego Zamówienia, ale oparte są o wykorzystywane w innych realizacjach szczególne procedury obowiązujące w KPMG, które zostały odpowiednio dostosowane do potrzeb Zamówienia na podstawie wieloletniego doświadczenia KPMG w zarządzaniu analogicznymi projektami. Przedstawione w zastrzeżonych częściach oferty KPMG rozwiązania stanowią więc własną oryginalną metodykę i know-how techniczno-organizacyjny Wykonawcy w powiązaniu z warunkami postawionymi przez Zamawiającego. O prawidłowej, rzetelnej i sprawnej realizacji usług doradczych decyduje w dużej mierze umiejętność odpowiedniego oryginalnego „dopasowania” szeregu powiązanych ze sobą czynników oraz zaproponowanych przez Wykonawcę kompleksowych i innowacyjnych rozwiązań, które stanowią oryginalną i unikatową podstawę dla strategii realizacji zamówienia w zakresie realizacji świadczenia usług doradczych na najwyższym poziomie. Ujawnienie ww. informacji przez Zamawiającego oznaczałoby przekazanie ich podmiotom, które nie uczestniczyły w procesie tworzenia oferty KPMG oraz objętego nią rozwiązania informatycznego, a jednak uzyskałyby dostęp do wielu informacji oraz danych objętych tajemnicą, wypracowanych na przestrzeni całego okresu działalności KPMG w drodze wieloletniej praktyki, co byłoby materialną stratą o charakterze gospodarczym, szczególnie, że w ramach oferty KPMG załącza dokumentację techniczną oferowanego rozwiązania. Bezprawne pozyskiwanie, wykorzystywanie lub ujawnianie informacji zastrzeżonych przez KPMG konkurentom (a także potencjalnie – każdej zainteresowanej osobie lub podmiotowi) może spowodować poważne szkody dla interesów KPMG, szkodząc jej interesom gospodarczym oraz finansowym, a także zdolności do konkurowania. Ponadto narażałoby KPMG na szkodę, gdyż podmioty te mogłyby wykorzystać w sposób handlowy zawartą w niej wiedzę, szczególnie zawartą w dokumentacji technicznej oferowanego rozwiązania czy formularzu oferty technicznej, w tym posługiwać się tożsamymi lub opartymi na niej rozwiązaniami w innych postępowaniach o udzielenie zamówień lub w innych relacjach z klientami. Prowadziłoby to do sytuacji, w której konkurencja, poprzez wykorzystanie danych zastrzeżonych, uzyskuje przewagę nad KPMG bez konieczności ponoszenia kosztów budowania tejże przewagi, a także uzyskuje wymierne korzyści w postaci

oszczędności wynikających z braku potrzeby podejmowania działań zmierzających do budowania własnej pozycji rynkowej, a w skrajnym przypadku także ze zwiększenia zysków z tytułu przejętych kontraktów. 2) Informacje zastrzeżone przez KPMG jako tajemnica przedsiębiorstwa nie są powszechnie znane ani łatwo dostępne, w tym dla podmiotów zajmujących się działalnością analogiczną do działalności KPMG, w szczególności informacje te nie zostały udostępnione publicznie. Nie są one zatem ani jako całość (rozumiana jako szczególne zestawienie) powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, ani nie są łatwo dostępne dla takich osób. KPMG ma wolę, aby pozostały one tajemnicą i wola ta jest rozpoznawalna na zewnątrz. Informacje te pozostają dostępne wyłącznie dla wąskiej grupy osób (niektórzy z najbardziej zaufanych i najbardziej doświadczonych pracowników i współpracowników Wykonawcy), przy czym to wyłącznie KPMG wpływa na skład tej grupy. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. sygn. I CKN 304/00: „(...) tajemnica nie traci zaś swego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone koło osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy przedsiębiorstwa lub inne osoby, które przedsiębiorca wtajemnicza w proponowany im interes”. W praktyce żaden podmiot trzeci nie może poznać treści informacji, niezależnie od podejmowanych starań i poniesionych w tym celu kosztów.

3) KPMG stale dąży do zachowania poufności zastrzeżonych informacji, w tym poprzez wdrożenie odpowiednich procedur wewnętrznych dotyczących obowiązku zachowania poufności (zarówno dotyczących zasobów ludzkich, jak i rozwiązań dokumentacyjnych oraz IT), a także regularne szkolenie pracowników w zakresie wymogów dot. poufności, przez co w efekcie chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń. Podjęte zostały działania organizacyjne i porządkowe w celu utrzymania ww. informacji w tajemnicy, m in.:

a) nie są one zamieszczane w udostępnianych publicznie materiałach,

b) system informatyczny KPMG, w którym dane te są przetrzymywane, został zabezpieczony przed nieuprawnionym dostępem;

c) KPMG wdrożyło system zarządzania bezpieczeństwem informacji oraz polityki bezpieczeństwa informacji (na dowód czego przedkładamy certyfikat ISO/IEC 27001:2013, i wstępne strony dokumentów „Techniczne oraz organizacyjne środki ochrony informacji - KPMG Polska”, „Polityka ochrony i przechowywania informacji poufnych - KPMG Polska”, a także pierwsze strony dokumentów „Global Information Security Policies” i „Global Privacy Policy”), na podstawie których podejmuje szereg środków dla ochrony informacji na każdym poziomie funkcjonowania przedsiębiorstwa, m. in. poprzez:

– Szkolenia: a) dotyczące zachowania poufności; b) z obowiązujących pracowników wewnętrznych procedur, które zobowiązują do bezwzględnego zachowania poufności informacji dotyczących Wykonawcy oraz wykonywanych usług (na dowód czego przedkładamy fragment skryptu szkolenia odbywanego w pierwszym dniu pracy), c) Wykonawca działa w oparciu o procedury zintegrowanego systemu zarządzania i obiegu dokumentów, dzięki któremu pracownicy uzyskują dostęp wyłącznie do tych informacji, które są im niezbędne do wykonywania obowiązków pracowniczych, d) praca zespołów dedykowanych do projektów organizowana jest w sposób zapewniający ograniczenie dostępu do informacji o innych projektach (tzw. zasada wiedzy uzasadnionej).

– Poświadczenia zachowania poufności. Wszyscy pracownicy oraz współpracownicy zobowiązani są zachować i chronić poufność informacji dotyczących firmy oraz ujawniać te informacje wyłącznie w uprawnionych celach i zgodnie z obowiązującymi przepisami (na dowód czego przedkładamy wyciągi ze wzoru umowy o pracę).

– Ograniczony dostęp do informacji. Organizacja biura pracowników KPMG zapewnia dostęp do informacji projektowych, dokumentów opracowywanych na potrzeby składania ofert, jak również przebiegu realizacji umów tylko uprawnionym osobom, poprzez kodowane dostępy do pomieszczeń, gdzie przechowywana jest informacja oraz odpowiednie zabezpieczenia informatyczne narzędzi pracy.

– Obowiązek raportowania wykroczeń. Przypadki naruszenia prawa i obowiązujących przepisów, przez klientów i strony trzecie, jak również naruszenia zasad polityk wewnętrznych przez pracowników KPMG podlegają obowiązkowi raportowania w trybie określonym w odnośnych procedurach. KPMG posiada odpowiednie kanały komunikacji, które służą raportowaniu zauważonych wykroczeń oraz zgłaszaniu wątpliwości. – Kontrole wykonywania obowiązku poufności i bezpieczeństwa informacji.

Podsumowując, zawarte w zastrzeżonej części oferty i jej części składowych informacje nie są ujawnione do wiadomości publicznej, są to informacje jako całość nieznanne ogółowi. Informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawowym, gdyż KPMG ma wolę, by pozostały one tajemnicą dla pewnych kół odbiorców a w szczególności konkurentów i wola ta jest rozpoznawalna, bowiem KPMG złożył w tej sprawie oświadczenie (objął dokumenty tajemnicą). Żaden konkurent nie może poznać tych informacji w sposób legalny. Dodatkowo informujemy, iż nie są nam znane inne działania umożliwiające dostęp do danych zawartych w ww. dokumentach, niż poprzez zapoznanie się z treścią złożonej w postępowaniu oferty i jej części składowych.

(Dowód: oferta przystępującego)

W dniu 31 lipca 2023 roku zamawiający udostępnił jawne części złożonych ofert na Platformie Zakupowej (okoliczność bezsporna).

W dniu 1 sierpnia 2023 roku odwołujący wystąpił z następującą prośbą:

1) *zwracamy się z uprzejmą prośbą o przesłanie protokołu postępowania wraz z załącznikami.*

2) *Dodatkowo, z związku z zamieszczeniem jawnych części ofert na Platformie Zakupowej prosimy o informację, czy Zamawiający zakończył już badanie ofert w zakresie skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, czy też badanie ofert w tym zakresie nadal trwa.*

(Dowód: pismo z dnia 1 sierpnia 2023 roku)

W dniu 11 sierpnia 2023 roku zamawiający poinformował wykonawcę, iż w ocenie zamawiającego, wykonawcy, w złożonych ofertach, skutecznie zastrzegli informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa.

(Dowód: pismo z dnia 11 sierpnia 2023 roku)

W dniu 21 sierpnia 2023 roku odwołujący wniósł odwołanie w sprawie KIO 2470/23 – odwołanie obejmowało zarzut główny nieudostępnienia uzasadnienia dla zastrzeżenia w ofercie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz zarzut ewentualny – nieudostępnienia części oferty.

W piśmie z dnia 7 września 2023 roku złożonym do sprawy KIO 2470/23 zamawiający oświadczył, że uwzględnią w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Na rozprawie w dniu 8 września 2023 roku KPMG oświadczył, że nie zgłasza sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutu głównego.

Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 8 września 2023 roku umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu głównego. Izba postanowiła nie rozpatrywać merytorycznie zarzutu 2 (ewentualnego), ze względu na to, że zarzut 2 był wyłącznie zarzutem ewentualnym. Tym samym Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki z art. 522 ust. 2 ustawy P.z.p.

(Dowody: pismo z dnia 7 września 2023 roku, protokół w z posiedzenia i rozprawy Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie sygn. akt: KIO 2470/23, postanowienie z dnia 8 września 2023 roku w sprawie sygn. akt: KIO 2470/23 [w:] akta postępowania w sprawie KIO 2470/23)

W dniu 12 września 2023 roku zamawiający udostępnił odtajnione uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (okoliczność bezsporna)

W dniu 22 września zamawiający udostępnił odtajnione pozostałe dokumenty wymienione w odwołaniu, za wyjątkiem Formularza oferty technicznej (FOT) (wypełnionego przez KPMG OPZ/FOT, który stanowi załączniki nr 5A i 5B do PPU) – Załącznik nr 1 do oferty KPMG) – okoliczność bezsporna

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega umorzeniu na podstawie art. na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy P.z.p., w zakresie zarzutu zaniechania odtajnienia i udostępnienia w całości złożonych przez KPMG Advisory Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową dokumentów:

- Formularza Cenowego;

- Wykazu osób - tabela w „KRYTERIUM III – Ocena zespołu” w Ofercie KPMG, w zakresie:

a) Posiadane kompetencje,

b) Ilość zrealizowanych projektów w ostatnich 7 latach zgodnie z opisem kryterium III w specyfikacji warunków zamówienia (SWZ),

c) Nazwy zrealizowanych projektów i ich przedmioty zgodnie z opisem kryterium III w SWZ z wyłączeniem projektów realizowanych dla instytucji komercyjnych.

W pozostałym zakresie odwołanie jest zasadne i podlega uwzględnieniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Izba wskazuje, że jedną z zasad udzielania zamówień publicznych, zawartą w art. 18 ust. 1 ustawy P.z.p., jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada ta gwarantuje transparentność prowadzonego postępowania i pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odstępstwo od tej zasady, zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy P.z.p., może zostać ograniczone tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Stosownie do art. 18 ust. 3 ustawy P.z.p., nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1010 ze zm.), przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym

rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Tym samym, określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełniają łącznie trzy warunki:

- mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa i posiadają wartość gospodarczą,
- informacje te jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób
- podjęto w stosunku do nich działania w celu zachowania poufności.

Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00).

Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje.

Z powyższego wynika, że wykonawca, dokonując zastrzeżenia, winien wykazać, że każda zastrzegana przez niego informacja spełnia łącznie wszystkie wskazane wyżej warunki. Brak takiego wykazania chociażby w odniesieniu do jednej przesłanki powoduje konieczność uznania zastrzeżenia za bezskuteczne.

Izba stoi przy tym na stanowisku, iż użyte przez ustawodawcę w art. 18 ust. 3 ustawy P.z.p. sformułowanie zobowiązujące wykonawcę do „wykazania”, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć jako obowiązek „dowiedzenia”, że informacje te mają właśnie taki charakter. Podkreślić należy, że jawność postępowania jest zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie ogólnych i gólosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia.

Stanowisko Izby wyrażone w wyroku stanowi kontynuację ugruntowanej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej. I tak, zgodnie z wyrokiem z dnia 13 marca 2018 r., sygn. akt: KIO 315/18, zasadność dokonania zastrzeżenia powinna być dokonywana na podstawie podanych przez danego wykonawcę argumentów, a nie samego charakteru zastrzeżonych informacji. Taka argumentacja winna być poparta dowodami, gdyż wykazanie z tym się niewątpliwie wiąże. Z kolei w wyroku z 10 marca 2016 r., sygn. akt: KIO 223/16, KIO 224/16, KIO 225/16, KIO 228/16 Izba wskazała, że dla prawidłowego wykazania, o którym mowa w przepisie art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p., nie wystarczą jedynie gólosłowne i ogólnikowe twierdzenia, bez odniesienia się do konkretnych faktów, działań itd.

Zarzuty odwołania sprowadzały się do argumentacji, że przystępujący nie wykazał, że informacje zawarte w formularzu oferty technicznej, stanowiącego załączniki nr 5A i 5B PPU posiadają dla niego wartość gospodarczą. Analiza treści uzasadnienia dokonanej przez przystępującego zastrzeżenia wskazuje na zasadność podniesionego w tym zakresie zarzutu.

W szczególności Izba zauważa, że przystępujący nie wykazał istnienia przesłanek zastrzeżenia w odniesieniu do poszczególnych informacji, ale dokonał tego *en bloc* wobec wszystkich informacji, wobec których dokonał zastrzeżenia.

O ile tego rodzaju praktyka może być uznana za właściwą w odniesieniu do przesłanek braku dostępności do informacji i zachowania ich w poufności, o tyle nie jest prawidłowa w przypadku wykazania ich wartości gospodarczej. Podkreślić bowiem należy, że przystępujący zastrzegł informacje o odmiennym charakterze i zawarte w kilku różnych dokumentach składanych w postępowaniu, tj. w formularzu cenowym, tabeli wymaganej dla oceny kryterium „Ocena zespołu”, formularzu oferty technicznej (FOT), dokumentacji systemu RWA Calculator i oświadczeniu o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, wraz z uzasadnieniem. Każda z tych informacji odnosi się do innej sfery działalności przedsiębiorcy i wartość gospodarcza każdej z nich wynika z innych okoliczności związanych z prowadzoną działalnością. Stąd też koniecznym jest, by wykonawca wykazał tę wartość w odniesieniu do charakteru i specyfiki danej informacji.

W tym miejscu należy wskazać na wyrok Krajowej Izby odwoławczej z dnia 19 stycznia 2015r., sygn. akt: KIO 2784/14, z którego wynika, iż: *Należy przy tym zauważyć, że wartość gospodarcza może wyrażać się w sposób pozytywny - poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo, znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa - może znaleźć uchwytty wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowym jako wartość niematerialna i prawna). Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów.*

Przystępujący w uzasadnieniu dokonanej zastrzeżenia wskazał jedynie lakoniczne i ogólne informacje, które należało ponadto poddać analizie w celu ustalenia, które z nich mogą odnosić się do informacji zawartych w formularzu oferty technicznej. Wydaje się, że w odniesieniu do tych informacji przystępujący wskazał na wartość gospodarczą polegającą

na tym, że informacje te mogłyby zostać ujawnione innym podmiotom, które mogłyby je wykorzystać w działalności konkurencyjnej wobec przystępującego. Argumentacja ta nie została jednak w żaden sposób doprecyzowana, a ponadto mogła odnosić się również do innego dokumentu złożonego w postępowaniu, tj. dokumentacji systemu. Tym samym nie można uznać jej za wystarczającą i skuteczną.

Bardziej szczegółowe uzasadnienie dokonanego zastrzeżenia znalazło się dopiero w piśmie procesowym przystępującego z dnia 24 września 2023 roku. W ocenie Izby argumentację tę należy uznać za spóźnioną. Jak już wyżej wskazano, przystępujący zobowiązany był wykazać skuteczność dokonanego zastrzeżenia w terminie wyznaczonym na składanie ofert. Na podstawie złożonych w tym terminie wyjaśnień i dokumentów zamawiający podejmuje bowiem decyzję w przedmiocie ujawnienia zastrzeżonych informacji i czynność ta jest przedmiotem oceny Krajowej Izby Odwoławczej. W rozpoznawanej sprawie Izba bada bowiem zgodność czynności zamawiającego z przepisami ustawy P.z.p. dokonanych na podstawie dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Tym samym Izba uznała za nieprawidłową czynność zamawiającego, polegającą na zaniechaniu ujawnienia zastrzeżonych przez przystępującego dokumentów i uznała odwołanie na tę czynność za zasadne.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....